

ZH_KASSATIONSGERICHT AC040115 vom 27. Juni 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AC040115

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AC040115 du 27 juin 2005

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AC040115 del 27 giugno 2005

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 22. August 1995, wurde der im damaligen Zeitpunkt bereits mehrfach vorbestrafte X. wegen mehrfachen Diebstahlsversuchs, mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis und weiteren Delikten schuldig gesprochen und mit sechs Monaten Gefängnis, abzüglich 1 Tag Untersuchungshaft bestraft. Gleichzeitig ordnete das Gericht eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 StGB an und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme auf (BG act. 2/2a). Mit Verfügung vom 8. Juli 1996 schob die damalige Vollzugsbehörde, das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug, einen Strafrest von 18 Monaten Zuchthaus, resultierend aus dem Widerruf der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug durch das Departement des Innern des Kantons Aargau vom 3. Juli 1996 (BG act. 2/11), ebenfalls zugunsten der ambulanten Massnahme auf (BG act. 2/5). Nachdem X. im Herbst 1996 zweimal verurteilt worden war, schob das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug mit Verfügung vom 18. April 1997 auch diese beiden Strafen "im Sinne einer letzten Chance" zugunsten der laufenden ambulanten Massnahme auf (BG act. 2/13). Das Amtsstatthalteramt Willisau bestrafte X. am 18. März 1998 wegen Diebstahls etc. mit 10 Tagen Gefängnis (BG act. 2/20). Mit Verfügung vom 17. August 1998 stellte das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug den Vollzug der ambulanten Massnahme ein (BG act. 2/21).

E. 2

Mit Beschluss vom 9. März 1999 ordnete das Bezirksgericht Zürich,

E. 7

Abteilung, von der (rechtskräftigen) Einstellung der ambulanten Massnahme Vormerk und ordnete den nachträglichen Vollzug der zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschobenen Strafen sowie des Strafrestes an (BG act. 2/46 = BG act. 20 = OG act. 4). Gegen diesen Beschluss liess X. durch seine amtliche Verteidigerin rechtzeitig Rekurs erheben (OG act. 1). Er beantragte die erneute Anordnung einer ambulanten Massnahme mit Strafaufschub sowie die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens. 4. Mit Beschluss vom 11. September 2004 wies das Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, den Rekurs ab. Die Kosten des Rekursverfahrens wurden X. auferlegt, während die Kosten der amtlichen Verteidigung - aus Gründen der Resozialisierung - auf die Staatskasse genommen wurden (OG act. 38 = KG act. 2). 5. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, fristwährend eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher X. (im Folgenden: der Beschwerdeführer) folgende Anträge stellen lässt: "1. Der Beschluss des Obergerichtes Zürich vom 11. September 2004 (Ziff. 1 des Dispositives betr. Abweisung des Rekurses und Ziff. 3 betr. Auferlegung der Verfahrenskosten) sei aufzuheben. 2. Die Sache sei zur Einholung

eines aktuellen psychiatrischen Gutachtens bzw. eines Ergänzungsgutachtens sowie zur materiellen Überprüfung der Voraussetzungen für eine erneute Anordnung einer ambulanten Massnahme und des Aufschubes des Vollzuges der auf S. 7 des angefochtenen Entscheides aufgeführten Strafen an die Vorinstanz zurück zu weisen.

- 4 - 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse. 4. Eventualiter sei den eingeschränkten finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers bei der Ansetzung der Gerichtsgebühr sowie mit Übernahme der Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse Rechnung zu tragen." Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 14. November 2004 wurde die Beschwerdeschrift der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und Beschwerdegegnerin zur Beschwerdeantwort, der Vorinstanz zur Vernehmlassung zugestellt (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin hat auf Beschwerdeantwort, die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10 und 11). Der Beschwerdeführer hat gegen den vorinstanzlichen Entscheid auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht erheben lassen (KG act. 3). II. 1. Im angefochtenen Entscheid stellte das Obergericht einleitend fest, dass die zu vollziehenden Strafen noch nicht verjährt seien (KG act. 2 S. 9). Anschliessend beschäftigte es sich mit der Frage, ob - wie vom Beschwerdeführer beantragt - ein psychiatrisches Gutachten einzuholen sei über die Massnahmebedürftigkeit, -fähigkeit und -willigkeit des Beschwerdeführers sowie über die Frage, ob ein allfälliger Strafvollzug den Erfolg einer Massnahme verhindern oder erheblich beeinträchtigen würde (KG act. 2 S. 9 ff.). Nachdem es sich eingehend mit dem von der Oberärztin der forensischen Abteilung der Psychiatrischen Klinik Y., Dr. A., erstellten Gutachten vom 16. Oktober 1991 einschliesslich dessen Ergänzung vom 15. November 1991, sowie mit den verschiedenen Berichten der beiden Fachärzte, Dr. B. und Dr. C., die sich mit dem Beschwerdeführer während längerer Zeit beschäftigt hatten, auseinandergesetzt hatte, gelangte es zum Schluss, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur einer eigentlichen Therapie, d.h. einer ärztlichen Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 StGB nicht zugänglich sei (KG act. 2 S. 13). Daraus folgte es, dass der Beschwerde-

- 5 - führer im Hinblick auf eine ambulante Massnahme als behandlungsunfähig bezeichnet werden müsse. Nachdem dies, so das Obergericht weiter, sinngemäss bereits die Gutachterin und Oberärztin A. festgestellt habe und in der Folge zwei weitere Fachärzte, die sich jahrelang mit dem Beschwerdeführer beschäftigt hätten, ferner auch Dr. D. - der aktuelle behandelnde Arzt - festhalte, der Beschwerdeführer sei einer eigentlichen, sprich analytischen Therapie kaum zugänglich, sondern er benötige eine "hauptsächlich stützend und führend resp. psychagogisch" ausgerichtete "therapeutische Behandlung" in Form von Gesprächen, so bestehe keine Notwendigkeit, die Frage der Massnahmefähigkeit zusätzlich durch ein Gutachten abklären zu lassen. Müsse davon ausgegangen werden, der Beschwerdeführer sei aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur behandlungsunfähig, bestehe auch keine Notwendigkeit, dessen Behandlungsbedürftigkeit und -willigkeit abklären zu lassen (KG act. 2 S. 13). Im Sinne einer Eventualbegründung hielt das Obergericht weiter fest, dass selbst wenn die von Dr. D. vorgeschlagene "hauptsächlich stützend und führend resp. psychagogisch ausgerichtete therapeutische Begleitung" des Beschwerdeführers noch als "ärztliche Behandlung" im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 StGB verstanden werden könnte, nicht angenommen werden könnte, dadurch liesse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Handlungen verhindern oder vermindern (KG act. 2 S. 14). Schliesslich setzte es sich noch mit der Einschätzung von Dr. D. auseinander, welcher in seinem ersten

Bericht vom 12. August 2003 dafür gehalten hatte, durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe von rund 2 ½ Jahren würde der Erfolg einer parallel laufenden ambulanten Therapie erheblich beeinträchtigt, da der Beschwerdeführer hinter Gefängnismauern nicht mit den "alltäglichen Problemen" konfrontiert werde, was er gerade lernen müsse. In seinem aktualisierten Bericht vom 29. Juni 2004 hatte Dr. D. zusätzlich bemerkt, dass die derzeit durchgeführte "Art der Therapie" grundsätzlich auch während des Vollzugs einer allfälligen Freiheitsstrafe denkbar wäre, eine Therapie hinter Gefängnismauern jedoch einen "wohl weniger guten Effekt" auf die Legalprognose hätte als eine ambulante Therapie ohne Strafvollzug, da im ersten Fall die "praktische Erprobung im Freien"

- 6 - fehlen würde. Diesen Ausführungen vermochte sich das Obergericht aus verschiedenen Gründen nicht anzuschliessen (KG act. 2 S. 20 f.). Es gelangte deshalb zum Schluss, dass wegen der Unfähigkeit des Beschwerdeführers für eine eigentliche Therapie sowie wegen des offensichtlichen Misserfolges der bisherigen "Therapie" bzw. Begleitung des Beschwerdeführers keine weitere ambulante Behandlung anzuordnen sei und - nachdem auch keine stationäre Massnahme anzuordnen sei - die zu Gunsten der gescheiterten ambulanten Massnahme aufgeschobenen Strafen androhungsgemäss zu vollziehen seien (KG act. 2 S. 21).

2. In der Beschwerdeschrift werden zahlreiche Rügen im Zusammenhang mit der psychiatrischen Begutachtung im Hinblick auf die Verweigerung der ambulanten Massnahme erhoben. Da die Frage der psychiatrischen Begutachtung des Angeschuldigten bzw. Angeklagten im Strafprozess sowohl Gegenstand bundesrechtlicher als auch kantonrechtlicher Vorschriften ist (vgl. Art. 13 StGB, Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, §§ 109 ff. StPO, § 157 Abs. 1 StPO), ist im Hinblick auf die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 430b Abs. 1 StPO) vorerst zu prüfen, inwiefern in diesem Zusammenhang die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts gegeben ist. Massgebend für die Entscheidungsbefugnis ist insoweit die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Daraus ergibt sich - soweit für den vorliegenden Fall von Interesse - Folgendes: Ob im Hinblick auf die Anordnung sichernder Massnahmen gemäss Art. 42-44 StGB eine Untersuchung über den Geisteszustand des Angeschuldigten stattzufinden hat, ist eine Frage des Bundesrechts, weshalb in diesem Zusammenhang allein die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist (BGE 116 IV 103 E. 1b). Das Bundesrecht bestimmt zudem, bezüglich welcher der gesetzlichen Voraussetzungen einer zur Diskussion stehenden Massnahme eine Begutachtung anzuordnen ist (BGE 115 IV 92 E. 3.c), zu welchen Fragen der Gutachter Stellung nehmen muss (Kass.-Nr. 90/173 S, Entscheid vom 3. Juni 1991 i.S. S., Erw. II./4.b; Kass.-Nr. 94/475 S, Entscheid vom 7. September 1995 i.S. S., Erw. VI./3.; Kass.-Nr. 96/130 S, Entscheid vom 4. November 1996 i.S. S., Erw. II./2.3.bd) und ob als Folge des Zeitablaufs eine erneute psychiatrische Expertise eingeholt werden muss (BGE 106 IV 238; 116 IV 274, mit Hinweisen). Liegt demgegenüber ein Gutachten vor, welches sich zu den gesetzlichen Voraussetzungen der in Frage stehenden Massnahme äussert, unterliegen weitere Rügen betreffend die Qualität (insbesondere die Begründung) des Gutachtens bzw. allfällige Mängel wie Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit ausschliesslich der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (Kass.-Nr. 2000/024 S, Entscheid vom 6. Juni 2000 i.S. F., Erw. II./2.; Kass.-Nr. 2001/052 S, Entscheid vom 13. Juni 2001 i.S. F., Erw. II./1c). Mit anderen Worten beurteilt sich die Frage, ob im Hinblick auf die Zweckmässigkeit sichernder Massnahmen ein psychiatrisches Gutachten hätte eingeholt werden müssen (ebenso wie diejenige, ob als Folge von Zeitablauf ein neues Gutachten hätte eingeholt werden

müssen), nach Bundesrecht (vgl. BGE 119 IV 123 E. 2a; 118 IV 7 E. 2; 116 IV 273 E. 4a, je mit Hinweisen; ebenso ZR 98 Nr. 7), was insoweit die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausschliesst, während umgekehrt die Frage, ob der kantonale Richter die in einem psychiatrischen Gutachten enthaltenen Ausführungen für umfassend und überzeugend, d.h. schlüssig halten und dementsprechend den Folgerungen des Experten beitreten durfte oder aber im Hinblick auf allfällige Mängel wie Unvollständigkeit (ZR 89 Nr. 90), Widersprüchlichkeit etc. ein ergänzendes bzw. zweites Gutachten hätte einholen müssen, auf entsprechende Rüge – im Lichte von § 127 StPO und insoweit mit freier Kognition (RB 1996 Nr. 153, 1989 Nr. 69) – vom Kassationsgericht zu prüfen ist (Kass.-Nr. 2000/024 S, Entscheid vom 6. Juni 2000 i.S. B., a.a.O.; Kass.-Nr. 2001/052 S, Entscheid vom 13. Juni 2001 i.S. F., Erw. II./1c.). 3.a) In der Beschwerdeschrift wird als Erstes (KG act. 1 S. 5 ff.) vorgebracht, die Vorinstanz habe trotz eines entsprechenden Antrags auf die Einholung eines aktuellen psychiatrischen Gutachtens verzichtet und sich einzig auf die in den Akten vorhandenen medizinischen Unterlagen, namentlich auf ein 13-jähriges Gutachten von Dr. A., vier Berichte aus den Jahren 1995-1999 von Dr. B., einen Bericht vom 16. Februar 2001 von Dr. C. und drei Berichte von Dr. D. gestützt. Im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens von Dr. A. sei der heute y-jährige Beschwerdeführer x Jahre alt gewesen, d.h. er sei an der Schwelle zum Erwachsenenleben gestanden. Die im Jahre 1991 durchgeführten Tests hätten das Bild ei-

- 8 - nes auffallend retardierten, unreifen, wunschbetonten, geltungsansprüchlichen, schutz- und geborgenheitsbedürftigen, psychosozial jedoch isolierten, sehr ängstlichen, innerlich angespannten und unruhigen, aggressionsgehemmten, stimmungshaft abhängigen Probanden mit Zwangsmechanismen und paroxysmalen Zügen ergeben. Diese Beurteilung treffe aufgrund der seitherigen Entwicklung des Beschwerdeführers, die in der Beschwerdeschrift ausführlich dargestellt wird (vgl. KG act. 1 S. 6 und 7) heute offensichtlich nicht mehr zu. Ob der Beschwerdeführer heute noch als retardiert, unreif, wunschbetont, schutz- und geborgenheitsbedürftig sowie psychosozial isoliert bezeichnet werden könne, sei damit höchst fraglich. Da sich die Verhältnisse in eindrucklicher Weise verändert hätten, könne für die Beurteilung der Massnahmefähigkeit sowie der Frage eines Strafaufschubes nicht mehr auf das Gutachten A. abgestellt werden. Indem die Vorinstanz ihren Entscheid (auch) auf dieses Gutachten gestützt habe, habe sie gegen Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB verstossen (KG act. 1 S. 7). b) In der Beschwerdeschrift wird - in diesem Zusammenhang - nicht geltend gemacht, die seinerzeitige Beurteilung des Beschwerdeführers im Jahre 1991 durch die Oberärztin der forensischen Abteilung der Psychiatrischen Klinik Y. sei von Anfang an falsch gewesen. Vielmehr wird lediglich vorgebracht, die gutachterliche Einschätzung treffe aufgrund des Zeitablaufs bzw. der seitherigen Entwicklung des Beschwerdeführers heute nicht mehr zu. Die Frage, ob aufgrund von Veränderungen bzw. als Folge von Zeitablauf ein neues Gutachten hätte eingeholt werden müssen, kann jedoch wie erwähnt dem Kassationshof des Bundesgerichts mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde unterbreitet werden. Auf die entsprechende Rüge im kantonalen Beschwerdeverfahren ist demgemäss nicht einzutreten (§ 430b Abs. 1 StPO). c) Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann die Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichts auch nicht damit begründet werden, dass es sich, da "sich die Rügen der Verletzung der zürcherischen Strafprozessordnung und der Verletzung verfassungsmässiger Rechte erübrigen, wenn der Entscheid wegen eines unzulässigen Verzichts auf ein aktuelles Gutachten aufgehoben wird", bei der geltend gemachten Verletzung von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB um

- 9 - eine (von der kantonalen Kassationsinstanz in Anwendung von § 430b Abs. 2 StPO zu überprüfende) Vorfrage eidgenössischen Rechts handle (so KG act. 1 S. 4 f.). § 430b Abs. 2 StPO hat nicht den Sinn, die Kompetenzausscheidung von § 430b Abs. 1 StPO zu unterlaufen. Vielmehr überprüft das Kassationsgericht im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen die Anwendung von eidgenössischem Recht durch die unteren Instanzen grundsätzlich nicht (vgl. ZR 83 Nr. 81; BuG vom 8. November 1991 i.S. S., E. 3d; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 46 f.; Decurtins, Die kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Diss. Zürich 1971, S. 59), weshalb es auf Vorbringen, mit welchen ausdrücklich oder sinngemäss die Verletzung einer bundesrechtlichen Vorschrift gerügt wird, nicht eintreten darf (Hasler, Über das Verhältnis der bundesrechtlichen zur kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nach zürcherischem Strafprozess, ZStrR 74, S. 213). Nur wenn die Frage der Verletzung kantonalen Rechts vom Entscheid über eine Vorfrage eidgenössischen Rechts abhängt, d.h. wenn die im kantonalen Beschwerdeverfahren aufgeworfene Frage der Verletzung kantonalen Rechts nicht ohne gleichzeitige Überprüfung von Bundesrecht beantwortet werden kann, überprüft das Kassationsgericht (auch) die Anwendung von eidgenössischem (Straf-)Recht (Kass.-Nr. 2002/083 S, Entscheid vom 10. Juni 2002 i.S. V., Erw. II./1.2). Das trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Die Rügen der Verletzung kantonalen Rechts können auch behandelt werden, ohne dass die ebenfalls geltend gemachte Verletzung von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB geprüft wird. Die Beantwortung etwa der Frage, ob Dr. B., Dr. C. und Dr. D. als behandelnde Ärzte befangen waren, weshalb auf ihre Berichte nicht hätte abgestellt werden dürfen (vgl. KG act. 1 S. 8 f.), hängt nicht davon ab, ob die Vorinstanz infolge Zeitablaufs bzw. aufgrund veränderter Lebensumstände ein neues Gutachten hätte einholen müssen. Dies gilt auch für die weiteren behaupteten Verletzungen kantonalen Rechts. Daraus ergibt sich, dass die Frage, ob die Vorinstanz mit ihrem Verzicht auf die Einholung eines neuen Gutachtens Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB verletzte, vorliegend nicht bloss Vorfrage bezüglich der Verletzung kantonalen Rechts, sondern eine Hauptfrage darstellt. Damit bleibt es dabei, dass auf

- 10 - die Rüge der Verletzung von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB im kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann. 4.a) In der Beschwerdeschrift wird als Nächstes bemängelt, das 13-jährige Gutachten von Dr. A. spreche sich nicht darüber aus, weshalb der Geisteszustand des Beschwerdeführers keine ärztliche Behandlung erfordere. Insbesondere werde nicht dargetan, ob eine Behandlungsunwilligkeit oder Behandlungsunfähigkeit vorgelegen habe. Damit sei das Gutachten nicht nur nicht aktuell, sondern behandle auch die sich heute stellenden Fragen nicht schlüssig, weshalb es den Anforderungen von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB nicht genügen könne (KG act. 1 S. 7). Die identische Rüge erhebt der Beschwerdeführer auch auf Seite 10 der Beschwerdeschrift, diesmal unter dem Aspekt von § 127 StPO (KG act. 1 S. 10). b) Soweit der Beschwerdeführer geltend machen möchte, die Gutachterin habe sich nicht zu allen sich gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB stellenden Fragen geäußert, fällt diese Rüge nicht in die Zuständigkeit des Kassationsgerichts. Wie unter Ziff. II./2. vorstehend ausgeführt, bestimmt das Bundesrecht, bezüglich welcher der gesetzlichen Voraussetzungen einer zur Diskussion stehenden Massnahme eine Begutachtung anzuordnen ist und zu welchen Fragen der Gutachter Stellung nehmen hat (vgl. auch Kass.-Nr. 89/416 S, Entscheid vom

E. 10

Juli 1990 i.S. L., Erw. II./7.b; Kass.-Nr. 96/130 S, Entscheid vom 4. November 1996, Erw. II./2.3.d aa). Auf die Rüge, die Gutachterin hätte sich gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB darüber aussprechen müssen, ob Behandlungsunfähigkeit oder Behandlungsunwilligkeit vorliege, ist deshalb nicht einzutreten. c) Soweit der Beschwerdeführer hingegen unter Berufung auf § 127 StPO geltend macht, das Gutachten beantworte die sich heute stellenden Fragen der Behandlungsfähigkeit und der Frage, ob eine ambulante Massnahme unter Aufschub des Strafvollzuges oder strafvollzugsbegleitend zu erfolgen habe, nicht schlüssig, da nicht dargetan werde, ob Behandlungsunwilligkeit oder - unfähigkeit vorliege (vgl. KG act. 1 S. 10), ist ihm entgegenzuhalten, dass das Obergericht selber davon ausging, dass das Gutachten A. nicht sage, ob Behandlungsunwilligkeit oder - unfähigkeit vorliege (KG act. 2 S. 11). Es begründete jedoch in der

- 11 - Folge mit Blick auf spätere ärztliche Äusserungen und insbesondere mit dem Hinweis darauf, dass für Dr. A. nur noch die fürsorgerische Betreuung in Frage kommen sei, seine Annahme, das Gutachten A. verneine sinngemäss die Behandlungsfähigkeit (KG act. 2 S. 11 ff., insb. S. 13). Inwiefern diese obergerichtliche Annahme unzutreffend sein sollte, wird in der Beschwerde nicht dargelegt. Mangels genügender Begründung ist auf die Rüge der Verletzung von § 127 StPO deshalb nicht einzutreten. 5.a) Der Beschwerdeführer ist sodann der Ansicht, die Vorinstanz hätte sich nicht nur nicht auf das 13-jährige Gutachten, sondern auch nicht auf die in den Akten liegenden Arztberichte der ihn aktuell oder in der Vergangenheit behandelnden Ärzte stützen dürfen. Diese Berichte erfüllten die Anforderungen von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB und von §§ 109 und 113 StPO an Sachverständigengutachten nicht. Weder Dr. B. noch Dr. C. und Dr. D. seien vom Obergericht oder einer andern Instanz formell als Sachverständige bestellt worden, weshalb diese Berichte keine Gutachten im Sinne des Gesetzes darstellten und im Hinblick auf die Frage der Behandlungsfähigkeit und des Strafaufschubes nicht verwertbar seien (KG act. 1 S. 7). b) Ob für die Frage der Behandlungsfähigkeit und des Strafaufschubes auch auf Berichte der behandelnden Ärzte abgestellt werden kann oder ausschliesslich eigentliche Gutachten zulässig sind, beantwortet sich nach Bundesrecht (vgl. BGE 113 IV 1 ff.). Insoweit ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen, weshalb auch auf diese Rüge nicht einzutreten ist. c) Gleiches gilt für die sinngemäss erhobene weitere Rüge, wenn überhaupt, so hätte einzig auf die Berichte des heute behandelnden Arztes Dr. D. abgestellt werden dürfen, da die Berichte von Dr. B. und Dr. C. viel zu wenig aktuell seien (KG act. 1 S. 7 f.). Ob und unter welchen Voraussetzungen auf ältere ärztliche Berichte abgestellt werden darf bzw. ob aufgrund deren Alters neue solche bzw. ein neues Gutachten hätte eingeholt werden müssen, bestimmt sich ebenfalls nach materiellem Bundesrecht, weshalb auch auf diese Rüge nicht einzutreten ist.

- 12 - 6.a) In der Beschwerdeschrift wird sodann Befangenheit von Dr. B., Dr. C. und Dr. D. gerügt, da alle drei Ärzte den Beschwerdeführer über längere Zeit behandelt hätten, weshalb ihnen "naturgemäss und offensichtlich" nicht die neutrale Stellung zukomme, wie sie bei einem unabhängigen und unparteiischen Gutachter gefordert wäre. Indem sich das Obergericht in seiner Entscheidung massgeblich oder sogar ausschliesslich auf die ärztlichen Berichte gestützt habe, habe es § 111 StPO in Verbindung mit § 95 f. GVG offensichtlich verletzt (KG act. 1 S. 8 f.). b) Gemäss § 111 StPO darf niemand als Sachverständiger zugezogen werden, der als Richter abgelehnt werden könnte. Wie sich aus der Gesetzssystematik ergibt, bezieht sich diese Bestimmung ausschliesslich auf Gutachten von amtlich

bestellten Sachverständigen. Die genannten Ärzte Dr. B., Dr. C. und Dr. D. wurden jedoch - wie der Beschwerdeführer selber betont (KG act. 1 S. 7) - weder vom Obergericht noch von einer anderen Instanz formell als Sachverständige bestellt. Sie erstatteten - wie der Beschwerdeführer ebenfalls hervorhebt (KG act. 1 S. 7) - keine Gutachten, sondern verfassten lediglich ärztliche Berichte. § 111 StPO (in Verbindung mit § 95 f. GVG) kann daher von vornherein nicht verletzt sein. Unter diesen Umständen kann die Frage offen gelassen werden, ob behandelnde Ärzte generell befangen und damit als Gutachter ausgeschlossen wären (verneint für den Zivilprozess, ZR 101 [2002] Nr. 30). 7.a) Eine Verletzung von § 127 StPO sieht der Beschwerdeführer auch darin, dass die Vorinstanz auf die inhaltlich unvollständigen ärztlichen Berichte von Dr. B., Dr. C. und Dr. D. abgestellt habe, ohne sie durch ein aktuelles Gutachten ergänzen zu lassen. Es lasse sich in ihnen keine umfassende Auseinandersetzung mit dem Beschwerdeführer finden. Zum geistigen Zustand und zur psychiatrischen Diagnose würden alle Ärzte - ausser Dr. D. - auf das Gutachten von Dr. A. verweisen. Ausführungen zum körperlichen Zustand fehlten gänzlich. Auch könne den Berichten nicht entnommen werden, welche Akten aus den Strafverfahren den Ärzten bekannt gewesen seien sowie auf welche weiteren Anknüpfungstatsachen sie abstellten. Für die Beantwortung der Frage, ob erneut eine ambulante Massnahme anzuordnen sei, würden sich die vorliegenden Arztbe-

- 13 - richte damit gegenüber den Anforderungen an eine gutachterliche Entscheidungsgrundlage als unvollständig erweisen. Vollständigkeit würden sie auch nicht im Zusammenhang mit dem 1991 erstellten, veralteten Gutachten von Dr. A. erlangen. Damit habe sich das Obergericht auf unvollständige medizinische Unterlagen gestützt, obschon es nach § 127 StPO verpflichtet gewesen wäre, die Arztberichte mit einem aktuellen Gutachten ergänzen zu lassen (KG act. 1 S. 10 f.). b) § 127 StPO beinhaltet den Anspruch der Parteien auf ein mängelfreies Gutachten und bestimmt, dass die Untersuchungsbehörde (oder der Richter) ein Gutachten durch die gleichen Sachverständigen verbessern lassen oder neue Sachverständige ernennen kann, wenn dieses unvollständig, ungenau oder undeutlich ist, wenn die Sachverständigen in ihren Ansichten voneinander abweichen oder wenn sich - aus anderen Gründen - erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens ergeben. Die angerufene Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf Stellungnahmen von Sachverständigen, die als Gutachten betrachtet werden können. Nicht darunter fallen Äusserungen von Experten, die nicht gestützt auf § 109 StPO als solche beigezogen und in Anwendung von § 113 StPO auf ihre Pflichten aufmerksam gemacht worden sind, wie etwa ärztliche Zeugnisse oder Berichte (Donatsch, in: Donatsch/Schmid, a.a.O., N 4 zu § 127 StPO, mit Hinweisen). Die Berichte der - nicht als Gutachter bestellten - Ärzte Dr. B., Dr. C. und Dr. D. stellen mithin keine Gutachten im Sinne des Gesetzes dar, weshalb die Rüge der Verletzung von § 127 StPO fehlt. 8.a) Der Beschwerdeführer macht ferner eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil die Vorinstanz trotz seines entsprechenden (Beweis-)Antrages darauf verzichtet habe, ein aktuelles psychiatrisches Gutachten einzuholen. Die Veränderungen seiner Lebensumstände, seine gewonnene Stabilität, seine soziale Verankerung und Deliktsfreiheit seit bald vier Jahren würden zeigen, dass er eine positive Entwicklung durchlaufen habe. Indem das Obergericht eine aktuelle Begutachtung als nicht notwendig betrachtet habe, habe es den Beweis Antrag des Beschwerdeführers in vorweggenommener Weise willkürlich ge-

- 14 - würdigt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt (KG act. 1 S. 11). b) Wie bereits erwähnt, ist die Frage, ob aufgrund von Veränderungen bzw. als Folge von Zeitablauf ein neues Gutachten einzuholen ist, vom materiellen Bundesrecht beherrscht (vgl. Ziff. II./2. und 3.b) vorstehend). Damit hängt auch die Frage, ob die Vorinstanz durch die Nichteinholung des psychiatrischen Gutachtens den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt habe, direkt vom materiellen Bundesrecht ab. Nach der Praxis des Kassationsgerichtes kommt insofern Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) keine selbstständige Bedeutung zu (Kass.-Nr. 99/099 S, Entscheid vom 20. Juli 1999, i.S. R., Erw. II./2.2; Kass.-Nr. 99/226 S, Entscheid vom 22. Juni 2000 i.S. B., Erw. II./2.), weshalb auf die Rüge vorliegend nicht einzutreten ist. 9.a) Der Beschwerdeführer ist im Weiteren der Auffassung, das Obergericht habe ihn auf Grund einer willkürlichen Würdigung der ärztlichen Berichte - zu Unrecht - als behandlungsunfähig betrachtet. Die willkürliche Würdigung der ärztlichen Aussagen durch das Obergericht hänge damit zusammen, dass es lediglich eine analytisch ausgerichtete Psychotherapie als ärztliche Behandlung akzeptiere. Andere mögliche und erfolgsversprechende Therapieformen ziehe es gar nicht in Betracht. Damit sei es für die Würdigung der Berichte von einem zu engen Begriff der ärztlichen Behandlung ausgegangen und habe die Aussagen der Ärzte über die Therapiefähigkeit des Beschwerdeführers bei der Anwendung anderer Formen als derjenigen der analytischen Therapie übersehen (KG act. 1 S. 12 f.). b) Obwohl unter dem Gesichtspunkt der willkürlichen Beweiswürdigung gerügt, macht der Beschwerdeführer im Grunde geltend, die Vorinstanz habe die (erneute) Anordnung einer ambulanten Massnahme verweigert, weil sie von einem unzutreffenden, da zu engen Begriff der ärztlichen Behandlung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ausgegangen sei. Was unter der in Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB genannten ärztlichen Behandlung zu verstehen ist, ob dafür ausschliesslich eine analytisch orientierte Psychotherapie oder allenfalls auch andere Behandlungsformen in Frage kommen, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts,

- 15 - die dem Kassationshof des Bundesgerichts im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen unterbreitet werden kann (vgl. BGE 124 IV 246, insb. 249 ff.). Auf die entsprechende Rüge ist daher vorliegend nicht einzutreten. 10.a) Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz auch eine "unhaltbare Würdigung des Behandlungserfolges" vor. Diese sei der Ansicht, dass aufgrund seines Verhaltens in den Jahren 1995 - 2001 nicht angenommen werden könne, die Weiterführung der Behandlung sei tatsächlich geeignet, ihn von der Verübung einer Vielzahl neuer gleichartiger Delikte abzuhalten. Das Obergericht stelle den durchgeführten Therapien das Prädikat eines "eklatanten Misserfolges" aus. Dem sei entgegen zu halten, dass er seit anfangs Februar 2001 keine Vergehen und Verbrechen mehr verübt habe, wobei die zwei Übertretungen betreffend Benützung von öffentlichen Verkehrsmitteln ohne Fahrausweis im Jahr 2003 für die Beurteilung der Legalprognose irrelevant seien. Der Deliktsverlauf (der in der Beschwerdeschrift ausführlich beschrieben wird) zeige, dass eine nachhaltige Besserung eingetreten sei. Die deliktsfreie Zeit betrage jetzt mehr als 3 Jahre und 9 Monate. Die vom Obergericht in Erinnerung gerufenen diebstahlsfreien Zeiten in den 90er Jahren seien demgegenüber viel kürzer, sie hätten nie mehr als 1 Jahr und 3 Monate gedauert. Zudem habe es bis ins Jahr 2001 immer weniger und immer weniger schwere Delikte gegeben, was sich insbesondere anhand eines Vergleichs der ausgesprochenen Strafen zeige. Die Tendenz sei also ganz klar abnehmend. Im Vergleich zu der Zeit vor Massnahmebeginn seien auch erhebliche Veränderungen und eine sichtbare Stabilisierung im Leben des Beschwer-

deführers eingetreten. Er habe sich vollständig von der gewaltbereiten Hooli- gangszone gelöst. Auch den Umgang mit Geld habe er viel besser im Griff als früher. Es treffe zwar zu, dass er in den letzten Jahren habe betrieben werden müssen. Aber auch hier seien die Tendenz und vor allem die Höhe der Beträge klar abnehmend. Die Verminderung der Delikte und die Deliktsfreiheit seit 2001 seien auf die therapeutischen Massnahmen zurückzuführen. Auch habe er durch die Massnahmen an Stabilität in seinem Leben gewinnen können und gelernt, mit seinem psychischen Zustand und seinen angeborenen Defiziten kontrollierter umzugehen. Die Tatsache, dass er in der Zeit von Februar 2001 und Januar 2003

- 16 - auch ohne Therapie keine Delikte verübt habe, vermöge nichts an diesem Therapieerfolg zu ändern. Damit sei der therapeutischen Massnahme Erfolg beschieden und ihr deshalb auch für die Zukunft die Zweckmässigkeit zur Verminderung oder Verhinderung von Straftaten zuzuerkennen. Die Einschätzung des Obergerichts, dass die Massnahmen zu einem eklatanten Misserfolg geführt hätten, stehe zur tatsächlichen Situation im klaren Widerspruch und sei offensichtlich unhaltbar. Damit habe das Obergericht das Willkürverbot von Art. 9 BV verletzt (KG act. 1 S. 14 - 16). b) Wie eingangs erwähnt (vgl. Ziff. II./1. vorstehend), stellt die vorinstanzliche Erwägung, es könne nicht angenommen werden, durch die von Dr. D. vorgeschlagene "hauptsächlich stützend und führend resp. psychagogisch ausgerichtete therapeutische Begleitung" lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Handlungen verhindern oder vermindern, eine Eventualbegründung des angefochtenen Entscheids dar. Da es sich bei der Frage nach dem Therapieverlauf und der Frage, ob die Behandlung geeignet sei, den Beschwerdeführer von der Verübung weiterer Delikte abzuhalten, um Tat- und nicht um Rechtsfragen handelt, ist die Eventualbegründung - soweit angefochten - zuhanden des Bundesgerichts gleichwohl zu prüfen (vgl. Kass.-Nr. 91/202 S, Entscheid vom 11. Oktober 1991 i.S. T., Erw. 4; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 21 zu § 285 ZPO). c) Im angefochtenen Entscheid stellte das Obergericht ausführlich den Verlauf der seit September 1995 laufenden ambulanten Massnahme dar. Insbesondere beschrieb es die zahlreichen Diebstähle, die der Beschwerdeführer in Form von eigentlichen Diebstahlstouren in der Zeit von März 1996 bis Februar 2001 begangen hatte. Ferner wies es auf die weiteren Verfehlungen des Beschwerdeführers in jener Zeit hin, namentlich darauf, dass er während längerer Zeit mit einem Auto, dessen Bremsen nach Aussage des Beschwerdeführers "kaputt" waren, herumgefahren war, obwohl er nie über einen Führerausweis, geschweige denn einen Lernfahrausweis, verfügte. Weiter konstatierte es, dass ihn zeitweilige Festnahmen nicht beeindruckt hätten, sondern er weiter delinquent habe. Wenn das Obergericht vor diesem Hintergrund zum Schluss gelangte, es

- 17 - könne nicht erwartet werden, durch eine Fortsetzung der Behandlung in Form von stützenden und führenden Gesprächen lasse sich die Gefahr verhindern oder vermindern, dass der Rekurrent weitere mit Strafe bedrohte Taten verübe, ist dieser Schluss zumindest vertretbar. Bei seiner Beurteilung zog das Obergericht auch in Betracht, dass der Beschwerdeführer - soweit aufgrund der Akten bekannt - seit Februar 2001 keine Diebstähle mehr verübt hatte. Hingegen mass es diesem Umstand aufgrund des Verhaltens des Beschwerdeführers in den Jahren 1995 - 2001 keine ausschlaggebende Bedeutung bei, zumal es bereits in früheren Jahren vorgekommen sei, dass der Beschwerdeführer - immer aufgrund der Akten - während längerer Zeit keine Diebstähle mehr begangen habe. Ergänzend wies es darauf hin, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2003 in einem kurzen

Zeitabstand zweimal ein öffentliches Verkehrsmittel benützt habe, ohne dafür zu zahlen, was jedenfalls zeige, dass er noch immer nicht bereit sei, sich an die geltende Rechtsordnung zu halten, wenn ihm diese nicht passe. Nachdem der Beschwerdeführer in den Jahren 1995 -2001 während laufender Massnahme immer wieder einschlägig delinquent hatte, ist es trotz des Umstandes, dass er - soweit bekannt - seit längerer Zeit keinen Diebstahl begangen hat, nicht unhaltbar anzunehmen, durch eine Fortsetzung der Gespräche lasse sich die Gefahr weiterer Delikte nicht verhindern bzw. vermindern. Im Übrigen ist die Frage, ob die Vorinstanz bei der Anordnung einer der verschiedenen im Gesetz vorgesehenen Massnahmen im Sinne von Art. 42 ff. StGB im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens gehandelt hat und sich bei der Wahl bzw. vorliegend bei der Verweigerung einer (erneuten) Massnahme von rechtlich zulässigen Kriterien leiten liess, eine solche des materiellen Bundesrechts, welche im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde vom Kassationshof des Bundesgerichts überprüft werden kann (Kass.-Nr. 96/226 S, Entscheid vom 2. Oktober 1996 i.S. G, Erw. II./5.1; Rehberg, Der Anfechtungsgrund bei der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts, ZSR 94 [1974] II S. 371 f.). Unter diesem Gesichtspunkt kann das Bundesgericht insbesondere auch prüfen, ob die Vorinstanz bei der Frage nach der Verhinderung oder Ver-

- 18 - minderung der Gefahr weiterer Delikte durch eine Massnahme auch die beiden Übertretungen betreffend Benützung von öffentlichen Verkehrsmitteln aus dem Jahre 2003 in Betracht ziehen durfte und inwiefern der Umstand der behaupteten bisherigen Erfolglosigkeit der früher ausgesprochenen Massnahmen für die Anordnung einer erneuten Massnahme massgebend ist (Kass.-Nr. 92/055S, Entscheid vom 8. Mai 1992 i.S. S., Erw. II./2; Kass.-Nr. 2002/052 S, Entscheid vom

E. 13

Juni 2001 i.S. F., Erw. II./3.c). Auch diese Rüge ist deshalb unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. 11.a) Im angefochtenen Entscheid ging das Obergericht auch auf die Frage ein, ob der nachträgliche Strafvollzug den Erfolg einer Massnahme gefährden könnte. In diesem Zusammenhang setzte es sich insbesondere mit den beiden Berichten von Dr. D. auseinander. Dieser hatte in seinem ersten Bericht vom 12. August 2003 dafür gehalten, durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe von rund 2 ½ Jahren würde der Erfolg einer parallel laufenden ambulanten Therapie erheblich beeinträchtigt, da der Beschwerdeführer hinter Gefängnismauern nicht mit den "alltäglichen Problemen" konfrontiert sei, jedoch lernen müsse, Probleme zu bewältigen. In seinem zweiten, aktualisierten Bericht, hatte Dr. D. präzisiert, dass die derzeit durchgeführte "Art der Therapie" grundsätzlich auch während des Vollzugs einer allfälligen Freiheitsstrafe denkbar wäre, in diesem Fall aber etwas ganz Entscheidendes, nämlich die "praktische Erprobung im Freien" fehlen würde, weshalb eine Therapie hinter Gefängnismauern deshalb einen "wohl weniger guten Effekt" auf die Legalprognose als eine "ambulante solche" hätte. Das Obergericht vermochte sich diesen Ausführungen nicht anzuschliessen, da der Beschwerdeführer gar nicht fähig sei, eine eigentliche Therapie zu absolvieren und aufgrund des eklatanten Misserfolgs der bisherigen "Therapien" nicht anzunehmen sei, eine weitere dergleiche "Therapie" sei erfolgreicher, weshalb auch nicht zu befürchten sei, ein nachträglicher Vollzug der aufgeschobenen Strafen könnte einen Massnahmeerfolg gefährden. Schliesslich wies es die Argumentation von Dr. D. zurück, wonach der Beschwerdeführer im Strafvollzug nicht mit alltäglichen Problemen konfrontiert sei.

Vielmehr, so das Obergericht, biete der Strafvollzug dem Beschwerdeführer einen festen Rahmen und sei geeignet, ihn an eine ständige Arbeit, d.h. auch an "alltägliche Probleme" zu gewöhnen (KG act. 2 S. 20 f.).

- 19 - b) In der Beschwerde wird diesbezüglich erneut ein Verstoß gegen das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV geltend gemacht (KG act. 1 S. 17 ff.): Das Obergericht habe die Auswirkungen des Strafvollzuges auf den Beschwerdeführer in unhaltbarer Weise gewürdigt bzw. sich willkürlich über die Aussagen von Dr. D. hinweggesetzt, ohne seine Abweichung von einem Experten stichhaltig zu begründen. Ausserdem sei auch die obergerichtliche Annahme willkürlich, wonach der Beschwerdeführer im Gefängnis an eine ständige Arbeit und damit auch an alltägliche Probleme gewöhnt werde. Der Beschwerdeführer sei 100%iger IV-Rentner und habe die temporären Arbeiten, welche er zwischenzeitlich wann immer möglich für Zusatzverdienste erledigt habe, zur Zufriedenstellung der Arbeitgeber ausgeführt. Die Gewöhnung an Arbeit stelle denn auch nicht sein vordergründiges Problem dar, weshalb der Gefängnisaufenthalt nicht mit der Gewöhnung an Arbeit gerechtfertigt werden könne, wie es das Obergericht tue (KG act. 1 S. 18 f.). c) Dem angefochtenen Entscheid ist zu entnehmen, dass sich das Obergericht mit seiner Feststellung, es sei nicht zu befürchten, ein nachträglicher Vollzug der aufgeschobenen Strafen könnte einen Massnahmeerfolg beeinträchtigen, ausschliesslich über die Auswirkungen eines nachträglichen Strafvollzuges auf eine parallel dazu laufende ambulante Behandlung aussprach. Über die Auswirkungen auf die bisherigen Massnahmebemühungen, wie dies etwa Art. 43 Ziff. 5 Abs. 1 Satz 2 StGB bei einer erfolgreichen Beendigung der Massnahme vorsieht (Er [= der Richter] kann insbesondere vom Strafvollzug ganz absehen, wenn zu befürchten ist, dass dieser den Erfolg der Massnahme erheblich gefährdet), äusserte es sich (zu Recht) nicht. d) Die Frage nach der Gefährdung des Erfolges einer parallel laufenden ambulanten Massnahme durch den nachträglichen Strafvollzug stellt sich jedoch nur dann, wenn tatsächlich eine (erneute) ambulante Massnahme ausgesprochen wird. Wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, setzte das Obergericht keinen im kantonalen Beschwerdeverfahren zu überprüfenden Nichtigkeitsgrund bei seinem Entscheid, die erneute Anordnung einer ambulanten Massnahme abzulehnen. Selbst wenn es bei der Beurteilung der Auswirkungen des Strafvollzuges auf den Massnahmeerfolg in Willkür verfallen bzw. in willkürlicher Weise vom Bericht von Dr. D. abgewichen sein sollte, würde dies nicht dazu führen, dass eine ambulante Massnahme auszusprechen gewesen wäre. Der behauptete Nichtigkeitsgrund hat sich mithin auf den angefochtenen Entscheid nicht ausgewirkt, weshalb auch auf diese Rüge nicht einzutreten ist. 12. Weitere - konkrete - Rügen können der Beschwerdeschrift keine entnommen werden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. III. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (§ 396a StPO). Entsprechend dem Eventualantrag in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 2) ist seinen finanziellen Verhältnissen bei der Ansetzung der Gerichtsgebühr und mit der Übernahme der Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse Rechnung zu tragen (§ 190a StPO). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.